

AS NOVAS PENAS ALTERNATIVAS E SUA APLICAÇÃO

Julio Fabbrini Mirabete
Doutrinador

1. As novas penas alternativas

De acordo com a nova redação dada a vários dispositivos do Código Penal, foi aumentado o número de penas alternativas, com caráter de substituição da pena privativa de liberdade, e extremamente alargadas as possibilidades de incidência no caso concreto. Além da *prestação pecuniária* e da perda de *bens e valores*, criou-se, entre as penas de interdição temporária de direitos, a *proibição de freqüentar determinados lugares*. A prestação de serviços à comunidade passou a ser denominada de *prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas*. Previa ainda o projeto que deu origem à Lei n. 9.714, de 25/11/98, as penas de *recolhimento domiciliar*, de *admoestação verbal* e de *compromisso de freqüência a curso ou submissão a tratamento*, mas os dispositivos que as previam foram vetados pelo Executivo pelo entendimento de que eram elas totalmente desprovidas da capacidade de prevenir nova prática delituosa, carentes do indispensável substrato coercitivo e, portanto, contrários ao interesse público.

2. Prestação pecuniária

A prestação pecuniária, pena restritiva de direitos já prevista no art. 12 da Lei n. 9.605, de 12/2/98, que dispõe sobre as sanções penais derivadas de atividades lesivas ao meio ambiente, consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz da condenação. Por disposição expressa, não pode ser ela inferior a 1 salário mínimo nem superior a 360 vezes esse salário. Assim, de forma sumária, deve o juiz fixar o *quantum* da reprimenda com base apenas nos dados disponíveis no processo, uma vez que não existe previsão legal específica de procedimento para calcular-se o prejuízo resultante da prática do crime. Não obstante a invasão da esfera civil, com a instituição dessa pena, como, aliás, ocorre em outros países, não há inconstitucionalidade no dispositivo. A Carta Magna permite não só a pena de multa, como também a de perda de bens (art. 5º, XLVI, da CF), e a sanção criada é, indiscutivelmente, um misto de ambas. Ademais, não incide a sua institucionalização nas normas de proibição previstas expressamente pela Constituição Federal (art. 5º, XLVII). O dispositivo legal, aliás, fixa expressamente os limites da sanção penal pecuniária, atendendo o princípio da legalidade previsto no art. 5º, XXXIX, da Carta Constitucional.

Não se confunde a pena de prestação pecuniária com a *multa reparatória*, cominada no art. 297 da Lei n. 9.503, de 23/9/97 (Código de Trânsito Brasileiro), uma vez que esta somente é cabível quando houver dano material ao ofendido causado pelo ilícito, enquanto aquela é admissível ainda na ausência de prejuízo individual. Entretanto, havendo dano à vítima, a quantia apurada será a ela destinada ou, na sua falta, a seus dependentes; caso contrário o produto irá para entidade pública ou privada com destinação social, por decisão do juiz encarregado da execução. Caso o ofendido venha a propor a ação de reparação civil, ou a execução civil da sentença condenatória penal transitada em julgado, o valor referente à prestação pecuniária pago ao ofendido será descontado do total da condenação civil ou penal.

Dispõe ainda a lei, no novel art. 45, § 2º, do Código Penal, que, se houver aceitação do beneficiário, ou seja, do ofendido ou da entidade pública ou privada com destinação social, a prestação pecuniária poderá constituir-se, por decisão do juiz, em prestação de outra natureza, como, por exemplo, o fornecimento de cestas básicas. É obrigatória, pois, a

consulta ao beneficiário, pelo juiz da execução, para que se efetue a referida substituição.

3. Perda de bens e valores

Também instituída pela nova lei, que alterou o art. 44 do Código Penal, passou a ser pena restritiva de direitos a perda de bens e valores pertencentes ao condenado, sanção autorizada pelo art. 5º, XLVI, *b*, da Constituição Federal. Constitui ela, nos termos do art. 45, § 3º, o confisco em favor do Fundo Penitenciário Nacional de quantia que pode atingir até o valor referente ao prejuízo causado ou do provento obtido pelo agente ou por terceiro, em consequência da prática do crime, prevalecendo aquele que for maior. Ressalva a lei a destinação diversa que lhe for dada pela legislação especial, como, por exemplo, os previstos no art. 41 da Lei n. 6.368, de 21/10/76, e no art. 1º e seu parágrafo único, da Lei n. 8.257, de 26/11/91. Evidentemente, também fica ressalvado que tais bens e valores serão destinados, com preferência, ao lesado ou a terceiro de boa-fé, conforme dispõe o art. 91, II, do CP, ao tratar do confisco como efeito da condenação.

4. Proibição de freqüentar determinados lugares

Uma nova espécie de interdição de direitos é a de proibição de freqüentar determinados lugares, já inscrita no Código Penal como uma das condições obrigatórias do *sursis* especial (art. 78, § 2º). No caso concreto, a pena não pode ser aplicada de forma genérica ou imprecisa e o juiz deve especificar expressamente na sentença quais os lugares que o sentenciado não pode freqüentar. Além disso, é evidente que essa fixação deve guardar relação com o delito praticado e com a pessoa do agente, como forma de prevenir a prática de novos crimes pelo condenado. Não teria sentido, beirando ou mesmo invadindo a faixa de inconstitucionalidade, decisão do magistrado em proibir a freqüência a lugares aleatórios, por ele escolhidos, uma vez que a proibição não se adequaria à prevenção penal, nem possibilitaria a integração social do condenado, finalidade da execução de qualquer sanção penal (art. 1º da LEP). O tempo de duração da pena de proibição de freqüentar determinados lugares é o mesmo da pena privativa de liberdade fixada inicialmente.

5. Requisitos objetivos para a substituição por pena alternativa

A substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou de multa depende da existência dos requisitos mencionados no art. 44, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 9.714/98.

Em primeiro lugar, como pressuposto objetivo, o juiz só poderá proceder à substituição se a pena privativa de liberdade aplicada inicialmente, por crime doloso, não for superior a 4 anos, com exceção da prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas, em que ela só é admitida quando a condenação for superior a 6 meses (art. 46, *caput*). Tratando-se, porém, de condenação igual ou inferior a um ano, por crime doloso ou culposos, permite-se a substituição por pena de multa. No caso de crime culposos, permite-se a substituição por pena restritiva de direitos qualquer que seja a quantidade da pena aplicada.

Havendo concurso de crimes, a substituição é possível quando o total das penas não ultrapassa os limites mencionados, de 4 anos (com exceção dos crimes culposos). Quando se trata de concurso formal ou crime continuado em ilícitos dolosos, a substituição, como regra, deve ser feita por uma só pena restritiva de direitos ou multa, mas, no caso de concurso material, poderá ser efetuada por duas ou mais penas alternativas idênticas (quando os crimes forem da mesma espécie), ou mesmo por penas substitutivas diversas (se não o forem). Quando, porém, tiver sido aplicada a pena privativa de liberdade sem a concessão do *sursis*, por um dos crimes, para os demais será incabível a substituição (art. 69, § 1º).

Um segundo requisito objetivo foi inserido pela nova lei, ao proibir a substituição da pena quando se tratar de crime praticado com violência ou grave ameaça à pessoa, qualquer que seja a quantidade da pena privativa de liberdade imposta (art. 44, I). Não é possível, portanto, em princípio a aplicação do disposto no art. 44 aos crimes de roubo, extorsão, estupro, rapto etc., ainda que tentados. Em tese, porém, alguns desses crimes podem ser cometidos sem grave ameaça ou violência contra a pessoa, como o roubo executado tendo como meio outro recurso (narcótico, por exemplo), o rapto com fraude etc., admitindo-se, assim, o benefício se preenchidos os requisitos subjetivos.

Também é de se considerar que a expressão crime que “não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa” não exclui a possibilidade de substituição no caso de delitos em que estas modalidades são, não meios, mas constitutivas do próprio ilícito, como os de lesão corporal (art. 129) e ameaça (art. 147). De outro lado, embora não haja vedação

expressa no Código Penal, não é possível a substituição quando se tratar de crimes hediondos ou a eles equiparados, ainda que não cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa. Isto porque, nos termos do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072, de 25/7/90, exige-se que seja cumprida integralmente em regime fechado a pena privativa de liberdade imposta. Seria paradoxal que, impedindo a lei que a pena imposta por um desses crimes não possa ser cumprida em regime semi-aberto ou aberto, se permitisse que a sanção privativa de liberdade fosse substituída por pena alternativa.

6. Requisitos subjetivos para a substituição por pena alternativa

Não basta, porém, o requisito referente à quantidade da pena privativa de liberdade imposta para que se permita a substituição pela pena restritiva de direitos. Indispensáveis são também os requisitos subjetivos previstos no art. 44, incisos II e III, do CP, que se referem às condições pessoais do condenado.

O primeiro deles é não ser o condenado reincidente em crime doloso, ou seja, que na época do crime não fora condenado em sentença transitada em julgado por outro crime doloso, no país ou no estrangeiro (art. 63). Referindo-se a lei ao “não reincidente em crime doloso”, evidentemente podem ser beneficiados não só aqueles que, embora condenados anteriormente, praticaram o crime antes do trânsito em julgado da sentença condenatória pelo delito precedente, como também os reincidentes em que um dos crimes, pelo menos, seja culposo. Também possibilita-se a substituição àquele que praticou o crime após cinco anos contados da data do cumprimento ou extinção da pena da condenação anterior, computado nesse prazo o período de prova da suspensão condicional da pena ou do livramento condicional se não ocorreu revogação desses benefícios (art. 64, I).

Caso o condenado seja reincidente, mas não em crime doloso, e desde que os crimes antecedentes e posterior não sejam idênticos, ou seja, previstos no mesmo tipo penal, a substituição da pena privativa de liberdade só deve ser concebida se a medida for socialmente recomendável (art. 44, § 3º). Essa aferição do juiz a respeito da suficiência da substituição deve ser fundamentada nas circunstâncias, não só do crime a ser apenado, como do precedente (art. 44, § 2º).

Por fim, é necessário também que esteja presente o último pressuposto, ou seja, que a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias,

indiquem que a substituição é suficiente (art. 44, III). Essas circunstâncias pessoais, que também devem ser observadas na fixação da pena privativa de liberdade, é que vão dar a medida de conveniência da substituição. Não têm direito à substituição, portanto, os condenados que, pelos elementos colhidos na instrução criminal, demonstrarem incompatibilidade com a convivência social harmônica, que tiverem antecedentes comprometedores, ainda que não tenham sido condenados anteriormente, que apresentem conduta marcada por fatos anti-sociais ou que não tenham profissão definida, emprego fixo ou residência determinada e, ainda, quando os próprios motivos e as circunstâncias de caráter pessoal indicarem que a substituição não servirá de prevenção penal. Não há sentido na substituição quando, desde logo, verifica-se, diante de sua situação pessoal revelada na instrução criminal, que o sentenciado não irá cumprir com as condições e deveres impostos pela condenação à pena restritiva de direitos.

Assim, se as condições pessoais forem favoráveis ao condenado, deve o juiz efetuar a substituição. Se, entretanto, demonstrarem incompatibilidade com a convivência social harmônica, deve ser denegada. Como a nova lei permite a substituição da pena privativa de liberdade até 4 anos, inclusive, inclui nessa possibilidade crimes graves, ainda que não cometidos com grave ameaça ou violência, como os de colarinho branco, quadrilha ou bando, contrabando, moeda falsa, racismo etc., é dever do juiz que faça uma rigorosa apreciação dos requisitos subjetivos no sentido de verificar se, realmente, a pena substituta é suficiente para a reparação e prevenção penais, assegurando a necessária defesa social.

7. Opções do juiz na substituição por penas alternativas

Preenchidos os pressupostos subjetivos, se entender suficiente a substituição pelas penas alternativas, deverá o juiz, após aplicar a pena privativa de liberdade, observar qual a espécie de sanção a ser imposta definitivamente, obedecendo às complexas regras que a lei prevê para a escolha da pena substituta diante da espécie de crime e da quantidade da pena a ser substituída.

Continuam em vigor as regras quanto à substituição das penas de interdição temporária de direitos previstas no art. 47, incisos I e II, que só se aplicam ao crime cometido no exercício de profissão, atividade, ofício, cargo ou função, sempre que houver violação dos deveres que lhe são inerentes (art. 56). Já quanto à pena de suspensão de autorização ou de

habilitação para dirigir veículo, prevista no inciso III do artigo citado e que, em princípio, é destinada à aplicação nos crimes culposos de trânsito, há que se fazer uma observação. Com a entrada em vigor do Código de Trânsito Brasileiro, que passou a tipificar os crimes de trânsito na condução de veículos automotores, esses delitos passaram a ser apenados com a suspensão ou proibição de obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor como penalidade principal, isolada ou cumulativamente com outras penalidades (privativa de liberdade ou multa), conforme dispõe expressamente o art. 292 da Lei n. 9.503, de 23/9/97. Assim, a pena substitutiva prevista no art. 47, III, do CP, só pode substituir a pena privativa de liberdade aplicada no crime de trânsito que não estiver tipificado no CTB, ou seja, nos casos em que o agente estava na condução de veículo não classificado como automotor (ônibus elétrico, por exemplo), incluídos os de tração humana ou animal (bicicleta, carroça etc.). A pena prevista no art. 47, III, do CP, porém, é mantida também na hipótese de crimes cometidos antes do início da vigência do Código de Trânsito Brasileiro, lei mais severa que os dispositivos do Código Penal referentes à matéria.

Deve também ser considerada nova regra inserida no Código Penal, que permite a substituição por uma única pena quando a condenação for igual ou inferior a um ano, e exige a aplicação de duas sanções quando o decreto condenatório impõe pena superior a esse limite (art. 44, § 2º).

Observadas as regras acima citadas, podem ser fixadas as opções que detém o juiz para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

No caso de *crime doloso*, são as seguintes as opções conferidas ao juiz:

1. se aplicada pena privativa de liberdade igual ou inferior a um ano, permite-se, como regra geral, a sua substituição por multa ou por uma restritiva de direitos (art. 44, § 2º, 1ª parte);
2. se aplicada pena privativa de liberdade igual ou inferior a um ano e tendo sido praticado o crime no exercício de cargo ou função pública, permite-se a substituição pela pena prevista no art. 47, I (arts. 44, § 2º, primeira parte, e 56);
3. se aplicada pena privativa de liberdade igual ou inferior a um ano e tendo sido praticado o crime no exercício de profissão, atividade ou ofício que dependem de habilitação especial, de licença ou autorização

do poder público, permite-se a substituição pela pena prevista no art. 47, II (arts. 44, § 2º, primeira parte, e 56);

4. se aplicada pena privativa de liberdade superior a seis meses e não excedente a quatro anos, permite-se a substituição pela pena de prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas (art. 46);

5. se aplicada pena privativa de liberdade superior a um e não excedente a quatro anos, permite-se, como regra geral, a substituição por uma restritiva de direitos e multa, ou por duas restritivas de direitos (art. 44, § 2º, segunda parte), desde que a soma delas não ultrapasse a duração da pena originalmente fixada (art. 55);

6. se aplicada pena privativa de liberdade superior a um e não excedente a quatro anos e tendo sido praticado o crime no exercício de cargo ou função pública, permite-se a substituição pela interdição prevista no art. 47, I, e multa, ou por essa interdição e outra pena restritiva de direitos (art. 44, § 2º, segunda parte), desde que a soma delas não ultrapasse a duração da pena originalmente fixada (art. 55);

7. se aplicada pena privativa de liberdade superior a um e não excedente a quatro anos e tendo sido praticado o crime no exercício de profissão, atividade ou ofício que dependem de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público, permite-se a substituição pela interdição prevista no art. 47, II, e multa, ou por essa interdição e outra pena restritiva de direitos (art. 44, § 2º, segunda parte), desde que a soma delas não ultrapasse a duração da pena originalmente fixada (art. 55).

No caso de *crime culposo*, excluída pela Lei n. 9.714/98 a regra anteriormente prevista no parágrafo único do art. 44, são as seguintes as opções conferidas ao juiz:

1. não se tratando de crime de trânsito, como regra geral a pena privativa de liberdade imposta a crime culposo pode ser substituída de acordo com os mesmos parâmetros previstos para o crime doloso;

2. se se tratar de crime culposo de trânsito, desde que não cometido na direção de veículos automotores, permite-se a substituição de acordo com essas mesmas regras, ou, se o agente for habilitado para dirigir veículo, a pena de suspensão de autorização ou habilitação para dirigir veículos (arts. 47, III, e 57);

3. se se tratar de crime culposo de trânsito cometido na direção de veículo automotor, aplicam-se as regras previstas no Código de Trânsito Brasileiro, sendo que a suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor pode ser imposta como pena-

lidade principal, isolada ou cumulativamente com outras penalidades (art. 292 do CTB).

8. Consideração final

A amplitude conferida pela nova lei sobre a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade exigirá, mais do que nunca, as providências do Estado para que efetivamente sejam cumpridas as penas restritivas de direitos, evitando-se a prática costumeira de relegá-las a segundo plano ao se dar preferência à concessão da suspensão condicional. Trata-se, agora, da necessidade de providências impostergáveis, uma vez que, em grande parte dos casos, diante da quantidade da pena privativa de liberdade aplicada originalmente, não é cabível o *sursis*, mas, sim, a sua substituição por penas restritivas de direitos. A falta de infra-estrutura para a execução dessas sanções acarretará, certamente, a desmoralização da iniciativa do alargamento das possibilidades de substituição da pena privativa de liberdade de menor duração por sanções modernas, adequadas e isentas das conseqüências deletérias causadas pelo recolhimento de condenados não perigosos aos estabelecimentos penais que, infelizmente, não possibilitam a integração social do sentenciado como determina a lei e exige um direito penal humanitário dos novos tempos.